

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – Assespro ajuizou ação direta buscando ver declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, do artigo 67 da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 472/2009, por meio do qual conferida nova redação ao artigo 2º, § 1º, da Lei nº 5.615, de 13 de outubro de 1970, a versar dispensa de licitação considerada contratação, pela União, do Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro. Eis o teor:

Art. 67. O art. 2º da Lei nº 5.615, de 13 de outubro de 1970, passa a vigorar com a seguinte redação, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

“Art. 2º É dispensada a licitação para a contratação do Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO pela União, por intermédio dos respectivos órgãos do Ministério da Fazenda e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para a prestação de serviços de tecnologia da informação considerados estratégicos, relacionados com as atividades de sua especialização.

§ 1º Ato do Ministro de Estado da Fazenda especificará os serviços estratégicos do Ministério da Fazenda e ato do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão especificará os serviços estratégicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

§ 2º Ao Serpro é vedada a subcontratação de outras empresas para que prestem os serviços estratégicos a que se refere este artigo.

§ 3º Os atos de contratação dos demais serviços de tecnologia da informação, não especificados como serviços estratégicos, seguirão as normas gerais de licitações e contratos.

§ 4º O disposto neste artigo não constitui óbice a que todos os órgãos e entidades da administração pública venham a contratar serviços com o Serpro, mediante prévia licitação ou contratação direta que observe as normas gerais de licitações e contratos.”

A requerente é parte legítima para impugnar a norma, uma vez impactados os interesses dos congregados – artigo 3º do Estatuto.

O preceito foi inserido, via emenda parlamentar, no projeto de conversão em lei da Medida Provisória nº 472/2019, que dispunha sobre o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da

Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, o programa Um Computador por Aluno, o Regime Especial de Aquisição de Computadores para Uso Educacional, o Regime Especial de Incentivos Tributários para a Indústria Aeronáutica Brasileira, o Fundo da Marinha Mercante, a Letra Financeira e Certificado de Operações Estruturadas, o crédito concedido pela União ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, o programa Minha Casa Minha Vida, a Taxa de Fiscalização dos mercados de seguro e resseguro, de capitalização e de previdência complementar aberta e a Taxa de Serviços Metrológicos.

O apontado vício formal, considerada a impossibilidade de veicular, no âmbito parlamentar, norma voltada a disciplinar matéria sem pertinência temática com o tema da proposição original, foi examinado no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.127, redator do acórdão ministro Luiz Edson Fachin, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 11 de maio de 2016.

O Tribunal, ao apreciar o artigo 76 da Lei nº 12.249/2010, por maioria, contra os votos da Relatora, ministra Rosa Weber, do ministro Ricardo Lewandowski e o meu próprio, concluiu pelo descompasso, com a Constituição Federal, do dito contrabando legislativo, atribuindo eficácia prospectiva à decisão, a fim de preservar, até a data do julgamento, os atos normativos oriundos de emenda parlamentar a projeto de conversão de medida provisória em lei, inclusive o diploma objeto da ação. Eis a síntese do pronunciamento:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO).

1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*, 5º, *caput*, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória.

2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantêm-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos.

Na ocasião, fiz ver:

Presidente, e assim é contada a história nacional. Paga-se um preço, Presidente, por se viver em um Estado de Direito, e esse preço é módico: o respeito irrestrito ao arcabouço normativo, especialmente ao arcabouço normativo constitucional.

Tive a oportunidade de dizer desta cadeira que, principalmente em época de crise, é indispensável guardar princípios, guardar parâmetros, guardar valores. Acrescento, Presidente: pobre Constituição Federal, muito pouco amada, muito pouco observada; pobre Constituição Federal, que se torna, de rígida, flexível, e isso ocorre, lamentavelmente, com o endosso do guarda maior, que é o Supremo.

Presidente, quanta pressa! Quanta abrangência! Explico. Pressa, porque, mediante a inserção – sob o meu modo de ver, indevida –, alterou-se uma lei mais velha do que eu próprio, uma vez que nasci em julho de 46, e a Lei é de maio de 1946. Abrangência: disciplinou-se em preceito único, em frase única, certa matéria? Não! Mediante a “carona” – verdadeira carona, para não cogitar de contrabando, descaminho –, a tomada, presente a medida provisória, alteraram-se, na Lei vetusta, de 1946, os artigos 2º, 6º, 12, 21, 22, 23 e 27 – vou me corrigir: não lei, mas Decreto-Lei, de nº 9.295, de 27 de maio de 1946. Ocorreu disciplina que diria alargada; disciplina que estaria a ensejar apresentação de um projeto de lei, com a possibilidade, portanto, do processamento, abrangidos sanção e veto pelo Executivo Nacional, mas não a carona que, de início, não fica submetida, quanto à disciplina, à sanção ou veto do Presidente da República.

Quando se cogita do pontapé inicial, assumindo como que, porque autorizado pela Carta Federal, o Executivo o papel do Congresso, de Casa Parlamentar, tem-se atos sequenciais, ou seja, o que disposto na medida provisória passa pelas duas Casas, em votações separadas.

Presidente, já versei em voto proferido – e acabou de lembrar-me a ministra Cármen Lúcia num voto que veiculou – o princípio do determinismo: uma coisa é ou não é; ou se tem conversão, ou não se tem conversão. Não se converte o inexistente. Isso é básico! Isso, a

meu ver, é bom senso, é lógica, e, se não há conversão, então, a Constituição Federal prevê, para reger as relações jurídicas surgidas, enquanto estava em vigor a medida provisória, o decreto legislativo.

É possível, nesse contexto, Presidente, cogitar-se de emenda, como se se tratasse de um projeto, encaminhado pelo Executivo, sem se cogitar, no caso concreto, de iniciativa exclusiva, como deixou ressaltado a relatora, ministra Rosa Weber. Disse: Ah! É possível! É possível, porque, mediante a emenda constitucional referida por Sua Excelência, a ministra Rosa Weber, que veio a disciplinar a medida provisória, inseriu-se uma pérola, em termos vernaculares, no rol de parágrafos do artigo 12, e com o mesmo número 12. Que pérola é essa? A pérola segundo a qual, aprovado o projeto de lei – eu não conhecia essa espécie de projeto de lei – de conversão – o que há é conversão pura e simples –, alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á – se foi convertida, já não existe no sistema jurídico – integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. Que projeto? Rótulo, nomenclatura com desprezo do conteúdo. É o hiato que se tem, no Brasil, entre a norma, tomada teleologicamente, e a realidade.

Presidente, mas se lançou como que, sob o título resolução, um preceito para inglês ver – a expressão vem da época da escravatura, em que fustigado o Brasil, este aprovou certa lei, apenas para satisfazer aos ingleses, quanto ao afastamento da escravatura. Que resolução é essa? Ressaltou o decano, ministro Celso de Mello, a de nº 1/2002, a confirmar o que disse quanto ao hiato entre a disciplina e a realidade.

Não precisamos, no Brasil, de mais leis, nem emendas constitucionais, muito menos, porque já temos noventa e uma emendas a uma Constituição em vigor apenas há 27 anos, parecendo muito mais um periódico. O que precisamos é de homens que observem a legislação em vigor, principalmente, homens públicos, detentores de cargos, ocupantes de cargos.

O próprio Congresso Nacional editou a Resolução nº 1, de 2002, cujo artigo 4º, § 4º, consta transcrito no voto de Sua Excelência, a ministra Rosa Weber. O que preceitua esse dispositivo?

“§ 4º É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha [...]” – e no caso examinado é estranha a mais não poder – “[...] àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.”

Fachada, Presidente, e os brasileiros estão cansados de fachada. Os brasileiros estão cansados do lero-lero, ou seja, de ter-se versado

certo assunto mediante ato normativo gênero, e simplesmente desconhecer-se o que é assentado.

Presidente, a situação concreta é escancarada. Inseriu-se, quando do procedimento alusivo à conversão da medida provisória em lei, matéria totalmente estranha àquela tratada, inicialmente, no ato do Executivo, ou seja, na medida provisória.

Para mim, numa visão desassombrada, a impropriedade constitucional salta aos olhos – e não vou evocar, referir-me às letras, parcialmente às letras do nome – CABM, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. Não preciso evocar o que se contém em *Direito Administrativo* de Sua Excelência – já não sei mais a edição atual, porque foram muitas as edições, fenômeno a revelar o grau de acatamento – para alicerçar esse voto, porque minha conclusão decorre, como também a do emérito Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, do texto da Lei Básica, da Lei das Leis da República, que é a Constituição Federal.

Vamos concluir – e Vossa Excelência aludiu há pouco em aparte – que tem razão o requerente da ação direta de inconstitucionalidade, mas que alcançará, nesta Corte, que é guarda maior da Constituição, vitória de Pirro: tem proclamado o direito sustentado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade, mas não o leva. O que é isso? É negativa, Presidente, da prestação jurisdicional. Permita-me parafrasear o que Vossa Excelência disse: é negativa da prestação jurisdicional.

Presidente, toda vez que encontramos um jeitinho para acomodar situações, não avançamos culturalmente; adentramos, sim, o campo do retrocesso cultural; estimulamos o descumprimento de documento que deveria ser um pouco mais amado – as duas Casas do Congresso Nacional têm Comissão de Constituição e Justiça – que é a Carta Federal.

Subscrevo, Presidente, o voto da Relatora – não quanto à parte que ainda não foi abordada por Sua Excelência, que é a subsequente ao dispositivo conforme cópia que recebi agora – no sentido de julgar procedente o pedido formulado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade.

Sob o ângulo material, acompanho o voto da Relatora, no sentido da harmonia, com a Carta da República, dos preceitos, nos quais observados os postulados da separação de poderes e da legalidade, presente o interesse público.

Atentem para o teor do artigo 22, inciso XXVII, da Lei Maior, segundo o qual compete privativamente à União legislar, via Congresso Nacional, sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, a alcançarem as sociedades de economia mista.

A ressaltar essa óptica, o artigo 173, § 1º, inciso III, prevê a imprescindibilidade de lei a disciplinar licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações pelas sociedades de economia mista.

Os dispositivos questionados, contidos em ato normativo primário, revelam situação de dispensa de licitação para a contratação, por órgãos dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro, objetivando a prestação de serviços de tecnologia da informação.

A Constituição Federal, embora agasalhe a isonomia e a livre iniciativa, estabelece a soberania como fundamento da República e princípio da ordem econômica – artigos 1º, inciso I, e 170, inciso I. Reservou ao legislador ferramentas para assegurá-la, visando a preservação da ordem constitucional e da segurança nacional.

A remissão a ato de ministro de Estado, considerado o § 1º impugnado, quanto à especificação dos serviços tidos como estratégicos, justifica-se tendo em conta a privacidade, a inviolabilidade do sigilo de dados pessoais e de informações referentes ao Poder Público e ao particular – artigos 5º, incisos X, XII e XXXIII, da Lei Maior.

Julgo parcialmente procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade formal do artigo 67 da Lei nº 12.249/2010.